

COMMISSION D'EXAMEN
DES PLAINTES CONCERNANT
LA POLICE MILITAIRE



MILITARY POLICE
C O M P L A I N T S
C O M M I S S I O N

***SOYONS CLAIRS SUR CE QUI EST « CLAIR ET CONVAINCANT » :
UNE POSTFACE***

Conférence annuelle de l'ACSMO

**Ottawa (Ontario)
le 8 juin 2009**

**Par David Goetz
Avocat-conseil
CPPM**

**SOYONS CLAIRS SUR CE QUI EST « CLAIR ET CONVAINCANT » :
UNE POSTFACE**

I) Le document de 2007 : la norme de preuve en matière civile au Canada avant l'arrêt *McDougall*

À la conférence annuelle 2007 de l'ACSCMO qui a eu lieu à Halifax, la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire a présenté un document intitulé « Soyons clairs sur ce qui est « clair et convaincant » ». Le document portait sur la norme de preuve applicable en matière de discipline de la police.

Bien entendu, comme tout le monde le sait, la norme de preuve en matière civile s'applique habituellement dans toutes les instances non pénales, lesquelles comprennent les décisions en matière de discipline de la police. Au-delà de cette proposition générale, une grande confusion régnait, à tout le moins au Canada, jusqu'en octobre dernier, date à laquelle la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *F.H. c. McDougall*¹. Puisque cette décision portait sur plusieurs des questions soulevées dans le document de 2007, il est apparu opportun de préparer une mise à jour pour la conférence de cette année.

Le document présenté à la conférence de 2007 visait à analyser ce domaine de la jurisprudence qui prêtait alors à confusion et à y voir clair. L'expression « clair et convaincant » utilisée dans le titre du document désigne un fardeau de preuve que certains tribunaux au Canada et ailleurs dans les pays de common law avaient élaboré pour traiter des affaires civiles et administratives dans lesquelles une très grande prudence avait été jugée nécessaire pour évaluer la preuve faite par la partie à laquelle incombait la charge de la preuve. Il s'agit d'un concept qui a été décrit de diverses façons dans la jurisprudence. Au fil des ans, les tribunaux ont eu recours à des termes synonymes pour le décrire, notamment en précisant qu'il fallait présenter une preuve « claire et forte » ou « forte et probante », que les tribunaux devaient être « convaincus » (plutôt que simplement persuadés), que certains faits devaient être établis avec un « degré de probabilité élevé » ou conformément à une norme de « preuve proportionnée aux circonstances », ou qu'il fallait appliquer une « norme en matière civile améliorée ».

Quelle que soit la description utilisée, l'obligation juridique d'examiner plus rigoureusement la preuve dans certaines catégories d'affaires civiles ou administratives portant sur des allégations ou conséquences particulièrement graves pour la personne dont les actes faisaient l'objet de l'instance, était bien établie dans la jurisprudence. Les instances en matière de discipline de la police, ainsi que celles visant d'autres professionnels, étaient parmi celles que l'on croyait assujetties à une telle obligation.

La principale source du débat dans la jurisprudence canadienne avait été la question de savoir si l'examen plus rigoureux de la preuve applicable à de telles instances était considéré à juste titre comme : 1) une obligation de faire preuve d'une plus grande

¹ 2008 CSC 53, 2008 CarswellBC 2041, aussi publié sous l'intitulé *C.(R). c. McDougall*.

prudence lorsqu'il s'agit d'apprécier la preuve; ou 2) une obligation d'appliquer un seuil de persuasion plus élevé, c.-à-d., une norme de preuve améliorée. La complexité de la jurisprudence pertinente était attribuable au fait que, souvent, les tribunaux et les arbitres ne mentionnaient pas expressément le concept qu'ils appliquaient, tandis que d'autres exprimaient clairement des doutes quant à savoir s'il y avait réellement une différence entre les deux concepts.

Pour compliquer encore davantage les choses, le deuxième courant d'opinions (c.-à-d., celui de la norme de persuasion améliorée) a établi deux modèles distincts : un modèle selon lequel la norme de la prépondérance des probabilités elle-même était une norme changeante englobant divers degrés de probabilité; et un autre modèle adoptant une troisième norme de preuve intermédiaire située quelque part entre la norme en matière civile ordinaire et la norme en matière pénale². Ce dernier modèle, qui a été largement adopté aux États-Unis, était aussi apparu au sein des tribunaux canadiens, surtout en Colombie-Britannique.

Selon le document que nous avons présenté en 2007, le courant jurisprudentiel dominant estimait qu'il y avait seulement deux normes de preuve, en ce qui concerne le degré de persuasion requis : la norme en matière pénale et la norme en matière civile ordinaire. En fait, le document faisait valoir que l'existence de plus d'une norme de preuve en matière civile, ou d'une norme changeante, avait été fermement rejetée par la Cour suprême du Canada en 1982 dans l'affaire *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Ltd.*³, dans un arrêt unanime rendu par le juge en chef Laskin. Malheureusement, ce rejet n'a pas été reconnu par tout le monde⁴, de sorte que la confusion a continué à régner – jusqu'à ce que l'arrêt *McDougall* soit rendu.

Heureusement, depuis l'arrêt *McDougall*, les débats jurisprudentiels et les distinctions susmentionnés qui ont été étudiés à fond et analysés dans notre document de 2007 semblent désormais être largement des questions d'intérêt historique. La Cour suprême du Canada s'est exprimée sans équivoque : la common law canadienne n'admet qu'une seule norme de preuve en matière civile, à savoir, celle de la preuve suivant la prépondérance des probabilités, et ni la gravité des allégations ni les conséquences de l'instance n'exigent un examen particulier ou une appréciation de la preuve particulière.

² Une variante de l'approche que les tribunaux du Royaume-Uni ont parfois adoptée consiste à appliquer la norme de preuve en matière pénale (c.-à-d., la preuve « hors de tout doute raisonnable ») dans certaines affaires non pénales. Cependant, les tribunaux du Royaume-Uni eux-mêmes ne se sont jamais sentis complètement à l'aise de recourir à cette approche, laquelle a été fermement rejetée au Canada.

³ [1982] 1 R.C.S. 164, 131 D.L.R. (3d) 559, 1982 CarswellOnt 372.

⁴ Il faut cependant préciser que le problème est en partie attribuable au fait que, bien que le juge en chef Laskin ait lui-même déclaré qu'il n'y avait qu'une seule norme en matière civile et que celle-ci ne changeait pas, il a malheureusement cité un passage de l'opinion exprimée par lord Denning dans l'arrêt *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), passage qui contenait un énoncé contraire portant que la norme en matière civile englobait différents « degrés de probabilité », selon la gravité de l'affaire. Bien que le juge en chef ait tenté de donner une interprétation particulière à ce passage cité, il était difficile de faire concorder cette interprétation avec son approbation générale des mots de lord Denning.

II) *F.H. c. McDougall*

Dans l'affaire *McDougall*, un appel a été interjeté en Colombie-Britannique dans le cadre d'une action civile en dommages-intérêts intentée relativement à des incidents de violence sexuelle et physique qui avaient eu lieu à la fin des années 1960, dans un pensionnat indien en Colombie-Britannique. En bout de ligne, il a fallu établir la crédibilité du demandeur par rapport à celle du défendeur. Le juge du procès a tranché en faveur du demandeur. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé le jugement du tribunal de première instance quant à sa conclusion selon laquelle il y avait eu agression sexuelle.

Sur appel, les juges majoritaires ont conclu que le juge du procès n'avait pas suffisamment tenu compte des contradictions dans la preuve du demandeur au moment d'accepter celle-ci plutôt que celle du défendeur. Selon la Cour d'appel, il s'agissait d'une application erronée de la norme de preuve et, par conséquent, d'une erreur de droit justifiant l'intervention d'un tribunal d'appel. La norme de preuve appliquée par les tribunaux de la Colombie-Britannique dans de tels cas était celle de la preuve « proportionnée aux circonstances », une norme de preuve élevée également désignée par l'expression « preuve claire et convaincante » dans la jurisprudence pertinente.

Sur appel devant la Cour suprême du Canada, celle-ci a accueilli l'appel et rétabli le jugement du tribunal de première instance. Les motifs de la décision unanime ont été rendus par le juge Rothstein. Ce dernier a brièvement résumé l'état de la jurisprudence au Canada en ce qui concerne les différentes approches adoptées par les tribunaux qui doivent trancher des questions particulièrement sérieuses dans un contexte civil ou administratif. Il a ensuite traité de la jurisprudence la plus récente du Royaume-Uni sur la question et, notamment, de la décision que la Chambre des lords a rendue le 11 juin 2008 dans l'arrêt *In re B (Children)*⁵, un arrêt qui a en fait été porté à l'attention de la Cour après l'audition de l'appel.

La Cour a souligné que, dans l'arrêt *In re B*, la Chambre des lords a conclu à l'unanimité qu'il n'y avait pas de norme de preuve intermédiaire ou changeante en common law. La Cour a cité les propos suivants de lord Hoffmann :

Une certaine confusion a toutefois été créée par des décisions donnant à penser que la norme de preuve peut varier selon la gravité de la faute alléguée, voire celle des conséquences pour l'intéressé.⁶

[...]

Je pense que le temps est venu d'affirmer une fois pour toutes qu'il n'y a en matière civile qu'une seule norme de preuve : il doit être plus probable que le fait allégué s'est produit que le contraire.⁷

⁵ [2009] 1 A.C. 11, [2008] 3 W.L.R. 1, [2008] UKHL 35.

⁶ *In re B*, précité, note 5 au par. 5.

⁷ *In re B*, précité, note 5 au par. 13.

La Cour a également cité l'opinion de lord Hoffmann selon laquelle la prise en compte de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque d'un événement ne constitue pas une règle de droit mais bien une question de sens commun. Ces propos sont venus préciser un aspect du jugement rendu par lord Nicholls of Birkenhead dans *In re H and Others (Minors)*⁸, un arrêt antérieur mentionné dans le document de 2007.

La Cour a aussi cité les passages suivants de l'opinion dominante exprimée dans l'arrêt *In re B* de la Chambre des lords, à savoir, celle de la baronne Hale : « Ni la gravité de l'allégation, ni celle des conséquences ne devraient modifier la norme de preuve appliquée pour établir les faits. [...] Pour ce qui est des conséquences, elles sont toujours sérieuses quelle que soit l'issue de l'instance. [...] Pour ce qui est de la gravité de l'allégation, il n'y a pas de lien logique ou nécessaire entre gravité et probabilité⁹ ».

En ce qui concerne sa propre décision dans l'affaire dont elle était saisie, la Cour suprême a souscrit à la position adoptée par la Chambre des lords dans l'arrêt *In re B*. Le juge Rothstein s'est exprimé comme suit :

[...] notre Cour devrait selon moi affirmer une fois pour toutes qu'il n'existe au Canada qu'une seule norme de preuve en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités. Le contexte constitue évidemment un élément important et le juge ne doit pas faire abstraction, lorsque les circonstances s'y prêtent, de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque des faits allégués non plus que de la gravité des allégations ou de leurs conséquences. Toutefois, ces considérations ne modifient en rien la norme de preuve.¹⁰

La Cour a ensuite rejeté expressément les diverses approches (c.-à-d., toutes celles qui ont été examinées dans le document de 2007) selon lesquelles un seuil de persuasion élevé ou une appréciation de la preuve plus rigoureuse était considéré comme nécessaire en raison de la gravité des allégations ou des conséquences de l'instance, ou en raison de l'improbabilité intrinsèque des événements pertinents.

En ce qui concerne la formulation d'une deuxième norme de preuve en matière civile, la Cour se réfère aux mêmes problèmes pratiques qui ont été mentionnés dans le document de 2007 : à savoir, la difficulté qu'éprouvaient les décideurs à formuler, voire même à concevoir, une norme de preuve qui non seulement était plus élevée que celle fondée sur la prépondérance des probabilités, mais qui pouvait se distinguer de façon convaincante de la norme en matière pénale. La Cour a conclu que « la seule façon possible d'arriver à une conclusion de fait dans une instance civile consiste à déterminer si, selon toute vraisemblance, l'événement a eu lieu¹¹ ». La Cour a aussi confirmé qu'elle rejetait toute

⁸ [1996] A.C. 563 (C.L.).

⁹ *In re B*, précité, note 5 aux par. 70 et 71.

¹⁰ *McDougall*, précité, note 1 au par. 40.

¹¹ *McDougall*, précité, note 1 au par. 44.

application de la norme de preuve en matière pénale aux affaires civiles, quel que soit l'objet de l'instance¹².

La Cour a également rejeté la notion d'une appréciation de la preuve plus rigoureuse dans certaines affaires plus graves. Par conséquent, même la doctrine la plus conservatrice précédemment énoncée par la Cour dans l'arrêt *Dalton Cartage* est effectivement écartée. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Rothstein a précisé ce qui suit :

Laisser entendre que lorsqu'une allégation formulée dans une affaire civile est grave, la preuve offerte doit être examinée plus attentivement suppose que l'examen peut être moins rigoureux dans le cas d'une allégation moins grave. Je crois qu'il est erroné de dire que notre régime juridique admet différents degrés d'examen de la preuve selon la gravité de l'affaire. Il n'existe qu'une seule règle de droit : le juge du procès doit examiner la preuve attentivement.

De même, la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités. Mais, je le répète, aucune norme objective ne permet de déterminer qu'elle l'est suffisamment. Dans le cas d'une allégation grave comme celle considérée en l'espèce, le juge peut être appelé à apprécier la preuve de faits qui se seraient produits de nombreuses années auparavant, une preuve constituée essentiellement des témoignages du demandeur et du défendeur. Aussi difficile que puisse être sa tâche, le juge doit trancher. Lorsqu'un juge consciencieux ajoute foi à la thèse du demandeur, il faut tenir pour acquis que la preuve était à ses yeux suffisamment claire et convaincante pour conclure au respect du critère de la prépondérance des probabilités.¹³

La Cour a conclu son analyse de la question de la norme de preuve dans le jugement en confirmant que « dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Dans toute affaire civile, le juge du procès doit examiner la preuve pertinente attentivement pour déterminer si, selon toute vraisemblance, le fait allégué a eu lieu¹⁴ ».

III) Répercussions de l'arrêt *McDougall*

Pour citer la note du professeur Don Stuart de l'Université Queen's¹⁵, la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *McDougall* [TRADUCTION] « offre une clarté appréciée » sur le sujet de la norme de preuve dans les affaires civiles et, par extension, les affaires administratives. La décision simplifie beaucoup le droit concernant la norme de preuve.

¹² *McDougall*, précité, note 1 aux par. 39-42.

¹³ *McDougall*, précité, note 1 aux par. 45 et 46.

¹⁴ *McDougall*, précité, note 1 au par. 49.

¹⁵ 2008 CarswellBC 2041.

Bien entendu, la tâche essentielle de trancher les litiges âprement contestés au sujet des faits, notamment dans les affaires civiles et administratives portant sur de graves allégations ou conséquences, demeure difficile et, à n'en pas douter, parfois épuisante. Cependant, les juges et arbitres peuvent désormais se concentrer davantage sur l'appréciation de la preuve et moins sur la sélection et la formulation du type d'échelle qu'ils utilisent. Les affaires seront difficiles à trancher dans la mesure où les faits seront difficiles à établir à la lumière de la preuve, et non en raison d'une règle de droit imposant artificiellement un scepticisme accru à l'égard de la preuve de la partie à laquelle incombe la charge de la preuve.

Également en raison de l'arrêt *McDougall*, l'appréciation de la preuve, y compris l'évaluation de ses forces et faiblesses, tant de façon autonome que par rapport à la preuve contraire, est désormais beaucoup plus fermement et clairement une question de fait, plutôt qu'une question de droit. La Cour suprême ayant confirmé l'existence d'une seule norme de preuve en matière civile, soit celle fondée sur la notion d'une probabilité plus grande, il sera désormais plus difficile de soutenir que l'évaluation de la preuve par un juge constitue une application erronée de la norme de preuve justifiant l'intervention d'un tribunal d'instance supérieure ou d'appel. La Cour établit clairement que, tant et aussi longtemps que les décideurs semblent être conscients des forces et faiblesses de la preuve, il ne faut pas revenir sur leur décision quant à la force probante ou l'importance accordée à ces forces et faiblesses en l'absence d'une « erreur manifeste et dominante ».

Comme il a été mentionné précédemment, la décision de la Cour répond à plusieurs des questions et préoccupations qui ont été soulevées dans notre document de 2007. Bon nombre des débats et distinctions dans la jurisprudence qui ont été examinés dans le document sont désormais sans intérêt pratique. De plus, de nombreuses décisions mentionnées dans le document de 2007 ont été invalidées ou remplacées, à tout le moins en ce qui concerne la norme de preuve.

Bien entendu, la décision de la Cour suprême n'a une incidence directe que sur la jurisprudence concernant la norme de preuve en matière civile en common law. Toute disposition législative concernant la norme de preuve ou l'approche en matière de preuve qui s'applique dans une instance demeure en vigueur. Cependant, malgré toute la jurisprudence, les notions de norme de preuve élevée en matière civile, telles que l'obligation de présenter une « preuve claire et convaincante », semblent peu présentes dans le domaine législatif au Canada. Toutefois, il est intéressant de souligner que, parmi les rares mentions de « preuve claire et convaincante » dans la législation canadienne (tant au niveau fédéral qu'aux niveaux provincial et territorial, et y compris les règlements) sont celles que l'on retrouve dans les dispositions législatives régissant les instances en matière de discipline de la police au Manitoba et en Ontario.

Il sera intéressant de voir comment les tribunaux au Manitoba et en Ontario interpréteront et appliqueront l'obligation de présenter une « preuve claire et convaincante » prévue par la loi, à la lumière de l'arrêt *McDougall*. Les règles d'interprétation des lois exigent que ceux qui appliquent de telles dispositions tentent de leur donner un certain effet réparateur. Une forte présomption existe à l'encontre d'une conclusion selon laquelle le

langage législatif est superflu. L'expression « preuve claire et convaincante » n'est pas définie en substance dans la législation. Elle tire son origine de la jurisprudence, le seul endroit logique où l'on puisse en chercher le sens. D'une certaine façon, le législateur exige que les tribunaux en matière de discipline de la police au Manitoba et en Ontario appliquent, notamment en lui donnant un sens, une norme de preuve distinctive qui, selon la Cour suprême, n'existe plus et n'a peut-être jamais réellement existé.

Cependant, bien que dans l'arrêt *McDougall*, la Cour suprême ait clairement établi qu'il n'y a qu'une seule norme de preuve en matière civile, elle n'a pas dit que la notion de « preuve claire et convaincante » n'existait pas en droit. La Cour a plutôt affirmé que, lorsque les juges (et, par extension, les tribunaux administratifs) décident qu'ils sont persuadés d'un fait suivant la prépondérance des probabilités, il est présumé qu'ils ont trouvé la preuve suffisamment claire et convaincante ou claire et forte. Autrement dit, ce qu'une partie de la jurisprudence avait précédemment et à tort pris pour une approche distincte et plus rigoureuse à l'égard de la preuve dans certaines affaires n'était en réalité rien de plus ou de moins que ce que les tribunaux font et ont toujours fait dans tous les cas. Par conséquent, on pourrait soutenir que les dispositions législatives du Manitoba et de l'Ontario peuvent être interprétées tout en demeurant compatibles avec la common law postérieurement à l'arrêt *McDougall*.

Bien entendu, d'autres pourraient résister à une telle interprétation, au motif qu'elle annule effectivement ce qui aurait pu être considéré comme une victoire pour les syndicats policiers, à savoir, l'obtention d'une norme ou d'un fardeau de preuve offrant une protection supplémentaire à leurs membres, au-delà de celle dont bénéficient les défendeurs civils ordinaires. Si cet argument était retenu, les tribunaux en matière de discipline de la police au Manitoba et en Ontario pourraient se trouver dans une position peu enviable où ils seraient obligés de se fonder, en ce qui concerne les approches à l'égard de la preuve, sur une jurisprudence qui a effectivement été rejetée. Au même moment, toutes les lacunes conceptuelles et pratiques qui sont associées à ces approches et qui ont contribué à leur rejet dans l'arrêt *McDougall* seraient encore présentes.